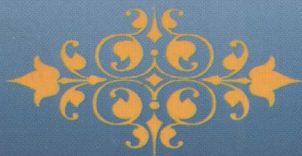


人民法学文库
Renmin faxue wencun

许成磊 著



不纯正不作为犯理论

Theory on Offense of
Nontypical Omission



人民出版社

许成磊 著



不纯正不作为犯理论

Nontypical Omission

 人民教育出版社

策划编辑:李春林
责任编辑:李春林 张立
封面设计:肖辉
版式设计:程凤琴
责任校对:赵立新

图书在版编目(CIP)数据

不纯正不作为犯理论/许成磊著. —北京:人民出版社,2009.1
ISBN 978-7-01-007287-6

I. 不… II. 许… III. 刑事犯罪-理论研究-中国
IV. D924.111

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 138687 号

不纯正不作为犯理论

BUCHUNZHENG BUZUOWEI FAN LILUN

许成磊 著

人民出版社 出版发行
(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:18

字数:411 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-007287-6 定价:38.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号
人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

序

赵秉志*

不作为犯罪,尤其是不纯正不作为犯历来是刑法学研究的难点,站在不同立场对不纯正不作为犯的诠释也各有不同。对不作为犯罪的研究,早期把不作为的因果关系问题视为不作为犯的首要问题,随着研究的深入和理论的拓展,如何确立并限制不纯正不作为犯的成立与处罚范围成为研究不作为犯的中心课题,从而围绕不作为犯与作为犯的等值问题,刑法学界展开了积极而有益的探索,形成了众说纷纭的理论学说。这些理论学说繁荣了不作为犯的研究内容,开拓了不作为犯的研究视域,同时也留下了许多至今仍未能有效解决的问题,例如不纯正不作为犯与罪刑法定主义的关系,先行行为能否由犯罪行为构成,不纯正不作为犯中作为义务形成的实质法理基础是什么,等等。近年来,随着研究领域的开阔和研究方法的深入,国内刑法学界对不作为犯的研究也取得了较大进展,但总的来看,仍显薄弱。以目前我国刑法学教科书关于不作为犯罪的内

* 赵秉志,北京师范大学刑事法律科学研究院院长暨法学院院长,教授,法学博士,博士生导师;中国法学会刑法研究会会长;国际刑法学协会中国分会常务副主席。

容为例,由于不作为犯不仅在本体论方面(包括作为义务、因果关系等)有其独特性,而且在主观罪过、认识错误、犯罪未遂、共犯以及罪数等方面也具有不同于作为犯的特点,因而德、日等大陆法系国家的权威教科书往往将不作为犯问题作为单独问题进行阐述,但我国绝大多数教材往往只是在犯罪客观方面对不作为的有关问题,尤其是作为义务来源问题作一定程度的介绍,而对其相关范畴则没有作任何分析,即便对作为义务问题的解说,基本上囿于传统的形式义务来源内容,这在一定程度上也影响和制约着我国的刑事司法实践。从目前国内法院对发生的很多不纯正不作为犯罪案件的判决来看,往往缺乏深入和有说服力的说理、论证,在犯罪构成要件的分析上比较粗糙。由此可见,加强对不作为犯尤其是不纯正不作为犯的理论研究,不仅具有重大的理论价值,而且具有重要的现实指导意义。

因此,在2002年5月,我指导的博士研究生许成磊同志向我提出以不纯正不作为犯作为其博士论文的选题时,我即表示完全赞同,并相信凭借他扎实的理论功底及所掌握的大量资料,完全有能力把握好这一选题。事隔一年后,当他以长达28万字的《不纯正不作为犯比较研究》一文完成博士论文并顺利通过答辩时,便充分地印证了这一点。以著名刑法学家高铭喧教授为主席组成的5人答辩委员会经过决议认为,成磊博士的“论文研究方法科学合理,运用资料充分、娴熟,理论密切联系实际,观点正确,结构严谨,论证分析深刻,理论思辨色彩浓郁,逻辑性强,富有文采。……充分反映了作者具有扎实坚厚的刑法理论功底和勇于攀登高峰的学术勇气,体现了作者较强的独立科学研究能力和良好的文字素养。论文达到了博士论文的

水平,是一篇优秀的博士论文。”我认为,答辩委员会对该论文的评价是恰如其分的。

我常常讲,博士论文往往代表了一个人的学术高峰,因而应当以高度严谨的学术态度来对待它。也许正是基于这样的考虑,成磊博士在完成论文答辩走上工作岗位之后,并没有急于将论文交付出版,而是在经过较长一段时间深入细致的思考后,对论文作了较大幅度的修改和扩充,最终形成了现在这部名为《不纯正不作为犯理论》的学术专著。尽管距离完成答辩已近五年,但当我读到这部洋洋洒洒近40万言的学术著作时,仍感到由衷的欣慰。作为曾指导他写就这篇博士论文的导师和本书的首位读者,通览全文,我认为可以用四个词来概括本书的特色,即:“新颖”、“深入”、“求实”、“全面”。

1. 新颖。一是观点新颖。书中提出了不少独到而有价值的创新之见,例如正确界定了不纯正不作为犯的概念;指出不纯正不作为犯是开放的构成要件,正确解释了其与罪刑法定主义的关系;指出应作为一个原因系统来分析不作为犯的因果关系。在不作为与正当化事由、不作为的未遂、共犯、罪数等方面也充满了作者的独立思想。二是资料鲜活。本书较为全面地收集掌握了截至当前国内外公开出版、发行的相关资料,从而能够准确把握、及时跟进当前国内学术界的前沿动态。

2. 深入。作者对所提观点说理透彻,论证深刻,逻辑谨严。例如,书中以两章的大篇幅结合具体案例,提出以支配理论为中心的形式与实质来源统一说,来构建不纯正不作为犯的作为义务理论框架。再如,关于不纯正不作为犯与罪刑法定的关系、先行行为能否为犯罪行为以及不作为犯因果关系的论证,

都可以说在一定程度上代表了目前国内刑法学界的最新研究水平和理论高度。

3. 求实。一是资料丰富、翔实。由于国内关于不纯正不作为犯研究的相对薄弱,因而占有大量境外尤其是德、日刑法学的研究资料就成为做好这一领域研究的重要前提。成磊博士和我谈到,为做好博士论文,通过老师、朋友想方设法收集到大量的第一手外文资料,并请专业人士帮助翻译,其中,仅日文资料就翻译了十五万字之多。期间,我也为他提供了大量来自台湾地区的图书资料。可以说,论据丰富、资料翔实是本书的重要特点。二是立论务实,具有较强的现实指导性。作者在充分参考、借鉴德、日等国刑法理论研究成果的基础上,紧密联系我国现实实际,提出了解决一些现实问题相对中允的具体办法,对指导当前和今后我国的司法实践具有较强的现实意义。

4. 全面。即论著体系完整、结构合理、内容全面。书中不仅对不纯正不作为犯的本体问题,如不作为的因果关系、作为义务来源等历来关注的问题用了大量篇幅进行重点研究,而且对不作为犯的主观罪过、认识错误、正当化事由、共犯、未遂和中止、罪数等问题进行了有益的探讨,做到内容系统、全面而又不失重点突出、详略得当,可以说是目前国内学界关于不纯正不作为犯研究的集大成之作,这对于进一步丰富和改进我国的刑法学体系亦具有重要的参考价值。

当然,作者所提的观点能否最终有效地指导我国的司法实践,还有待进一步的检验。

最后,我想说的是,作为成磊同志攻读硕士和博士学位期间的导师,非常欣慰于他对学术研究的执著精神。他不仅在攻

读硕士、博士期间,协助我完成了一些重要理论课题的研究,独立或合作发表了一些有分量的论文、文章,显示出其较强的科研能力和扎实的基本理论功底,而且在其走上实务工作岗位后,仍心系学术,笔耕不辍,坚持从事刑法学及与本职工作密切相关领域的研究,研究视野更加关注社会现实,研究风格更加务实。

在《不纯正不作为犯理论》一书即将由人民出版社出版之际,作为其导师,我欣然应邀为之作序,并乐于向刑法理论及实务工作者推荐这部著作。同时,也希望成磊博士以此次博士论文的出版为契机,继续努力,不断有新作、佳作问世,为繁荣和深化我国刑法学研究继续作出更多的贡献。

是为序。

丁亥岁末于北京师大

目 录

序	赵秉志(1)
导语 研究意义、研究现状及其方法	(1)
一、研究意义	(1)
二、研究现状	(4)
三、研究方法	(5)
第一章 不纯正不作为犯概说	(9)
第一节 不纯正不作为犯的学说概况	(9)
一、18 世纪前的不纯正不作为犯理论	(10)
二、18—19 世纪的不纯正不作为犯理论	(11)
三、20 世纪以来的不纯正不作为犯理论	(13)
第二节 各国关于不纯正不作为犯的立法	(17)
一、英美法系国家的立法概况	(17)
二、大陆法系国家的立法概况	(18)
三、我国关于不纯正不作为犯的立法	(24)
第二章 不纯正不作为犯的概念	(34)
第一节 不作为的概念	(36)
一、不作为的行为性与行为理论	(36)

二、不作为与作为的区分	(44)
三、不作为的概念	(59)
第二节 关于持有性质的判断	(62)
一、英美法系国家关于“持有”性质的认识	(63)
二、大陆法系国家关于“持有”性质的认识	(65)
三、我国学界关于“持有”性质的认识	(66)
四、本书的观点	(72)
第三节 不纯正不作为犯的称谓和概念	(73)
一、不纯正不作为犯的称谓	(73)
二、不纯正不作为犯的概念	(76)
第四节 不纯正不作为犯与纯正不作为犯的 区分	(86)
一、违反的不法构成要件不同	(86)
二、违背的作为义务不同	(87)
三、犯罪形态不同	(91)
第三章 不纯正不作为犯与罪刑法定主义	(96)
第一节 罪刑法定主义与不纯正不作为犯构成 要件的开放性	(100)
一、罪刑法定主义原则概述	(100)
二、不纯正不作为犯构成要件的特点	(101)
三、从罪刑法定主义的嬗变看不纯正不作为犯	(111)
第二节 法的明确性原则与不纯正不作为犯 具体类型的判断	(120)
一、明确性原则的概念	(120)
二、法的安定性价值的实现	(123)
三、法的明确性的判断	(128)

第三节 禁止类推原则与不纯正不作为犯的 规范结构	(133)
一、不纯正不作为犯的理论体系与禁止类推	(134)
二、不纯正不作为犯的规范结构与禁止类推	(135)
第四章 不纯正不作为犯构成要件概说	(152)
第一节 不纯正不作为犯能否与作为犯等价	(153)
第二节 不纯正不作为犯的构成要件	(160)
一、不纯正不作为犯构成要件诸观点分析	(160)
二、等价性是否不纯正不作为犯成立的独立 要件	(165)
三、作为可能性是否独立的要件及其判断	(179)
第五章 不纯正不作为犯的因果关系	(188)
第一节 国外学者关于不纯正不作为犯因果 关系的理论述评	(192)
一、否定说	(192)
二、肯定说	(197)
第二节 国内学者关于不纯正不作为犯因果 关系的理论述评	(208)
一、防止义务违反说	(208)
二、防果可能性说	(209)
三、转辙说	(210)
四、破坏内外因平衡关系说	(211)
五、部分不作为起果条件说	(212)
第三节 不纯正不作为犯因果关系的特点及其 判断	(214)

一、国内学者关于不作为因果关系特点的概括	(215)
二、不作为因果关系特点的具体剖析	(217)
三、不作为因果关系的具体判断	(227)
第六章 不纯正不作为犯的作为义务(上)	(236)
第一节 作为义务来源的学说概况	(237)
一、刑法的自觉是作为义务实质化的直接动因	(239)
二、实质的违法概念和整体的考察方法是 作为义务实质化的深层理论背景	(241)
三、纳粹时期的全体刑法、政治刑法为作为 义务实质化探讨提供了客观环境的助力	(245)
第二节 形式的作为义务来源说	(247)
一、形式的作为义务来源概述	(247)
二、关于“法律上的义务”的理解	(254)
三、关于“法律行为”的理解	(258)
四、关于先行行为引起的作为义务	(269)
第七章 不纯正不作为犯的作为义务(下)	(298)
第一节 实质的作为义务来源说	(299)
一、德国刑法学界实质的作为义务理论述评	(299)
二、日本刑法学界实质的作为义务理论述评	(318)
三、我国台湾地区刑法学界实质的作为义务 理论述评	(324)
四、我国大陆刑法学界实质的作为义务理论 述评	(334)
第二节 以支配理论为中心的形式、实质作为 义务统一论	(337)
一、作为义务的实质限定基础	(337)

二、形式义务来源与实质义务限定的统一·····	(350)
三、围绕交通肇事逃逸行为展开的个案论证·····	(357)
第八章 不纯正不作为犯的主观罪过与认识错误 ·····	(385)
第一节 不纯正不作为犯的故意·····	(386)
一、不纯正不作为犯的认识要素·····	(386)
二、不纯正不作为犯的意志因素·····	(393)
第二节 不纯正不作为犯的过失·····	(399)
一、考夫曼关于过失不作为犯的观点·····	(399)
二、不纯正不作为之过失犯的构成要件·····	(403)
第三节 不纯正不作为犯与认识错误·····	(406)
一、不纯正不作为犯认识错误概述·····	(406)
二、作为义务错误的处理·····	(408)
第九章 不纯正不作为犯与刑法相关范畴 ·····	(415)
第一节 不纯正不作为犯与正当化事由·····	(416)
一、不作为与正当防卫·····	(416)
二、不作为与紧急避险·····	(422)
三、不作为与义务冲突·····	(423)
四、不作为与被害人承诺·····	(442)
第二节 不纯正不作为犯的未遂与中止·····	(449)
一、不纯正不作为犯实行“着手”的判断·····	(449)
二、不纯正不作为犯未遂的类型·····	(472)
三、不纯正不作为犯的中止·····	(474)
第三节 不纯正不作为犯与共犯·····	(475)
一、不作为的共犯·····	(476)
二、对不作为犯的共犯·····	(503)

三、不作为与间接正犯	(506)
第四节 不纯正不作为犯的罪数	(508)
一、德国的判例与学说	(508)
二、日本的判例与学说	(511)
三、基于“同时性说”与“回避不可能说”的 折中说之提倡	(514)
结语 兼及我国不纯正不作为犯的立法完善	(520)
一、对本书基本观点的简要总结	(520)
二、我国不纯正不作为犯的立法完善	(528)
主要参考文献	(534)
后记	(553)
补记	(558)

导语 研究意义、研究现状及其方法

一、研究意义

不作为犯罪,尤其是不纯正不作为犯历来是刑法研究的难点,站在不同立场对不纯正不作为犯的诠释也各有不同,例如,主观主义者往往认为不纯正不作为犯并不违反罪刑法定原则,而客观解释论者则往往认为在立法没有明确规定的情况下认定不纯正不作为犯违反了罪刑法定原则。考虑到上述情况,不少国家(地区)原来在立法上并没有规定不纯正不作为犯罪,开始在总则中加以规定,如德国、韩国、中国台湾地区,日本也在改正草案中作了规定。但无论如何不纯正不作为犯与过失犯一样,都是一个开放的构成要件,离不开法官的解释,于是后来的部分客观解释论者有认为在总则规定不纯正不作为犯的情况下,具体个罪是否存在以及如何认定不纯正不作为犯是对构成要件的解释问题,在形式上并不违背罪刑法定主义。

对不作为犯罪的研究,早期把不作为的因果关系问题视为不作为犯的中心问题,随着研究的深入和理论的拓展,如何确立并限制不纯正不作为犯的成立与处罚范围成为研究不作为犯的中心课题,从而围绕不作为犯与作为犯的等值问题学界展开了积极而有益的探索。在这一演变过程中,围绕着作为义务,理论也从形式义务论演进到实质义务论,并进而形成现在的实质义务论与形式、实

质统一论齐头并进的局面,其间经过了肯定——否定——否定之否定的过程。其中,关于先行行为的研究颇为复杂,由最初否定这一义务来源,到普遍承认这一形式义务来源,再演变到在实质义务论中探讨。而在实质义务论中,有主张扩大先行行为的存在范围,进而把危险的前行为作为构成行为人作为义务(保证人地位)的唯一理由;有的学者则彻底否定先危险的前行为这一实质理由,代之以“支配理论”、“开放与闭锁的关系说”等;更多的则是在构筑新的理论的同时,将先行行为吸收到自己的理论体系中,作为实质理由项下的具体分类子项,如“功能说”、“信赖关系说”等等。理论基础的立足点不同,导致在分析具体案件时尽管多数情况下会得到完全一致的结论,但不能否认它们在部分问题上的巨大分歧。

众说纷纭的理论学说繁荣了不纯正不作为犯的研究内容,开拓了不纯正不作为犯的研究视域,同时也留下了许多至今悬而未决的问题:尽管今天的学界已经对不作为存在因果关系几乎不存疑义,但不作为因果关系如何判断?究竟是站在形式法治国以及形式的罪刑法定主义立场,还是站在实质法治国、实质的罪刑法定主义立场来解释处罚不纯正不作为犯不违反罪刑法定主义?不纯正不作为犯应否认为是开放的构成要件?作为义务在不纯正不作为犯的体系中究竟处于何种地位?先行行为能否由犯罪行为构成?若可以,是否违反禁止重复评价原则;由先行行为引起的作为义务构成的不作为犯与结果加重犯的关系如何?在后来的探讨实质来源说中,有人主张把实质来源统一归结为危险的前行为,这样扩大起初意义的先行行为概念的必要性何在?至于“信赖关系”理论,到底是规范产生信赖,还是因为信赖而产生规范下的义务?

2 “支配理论”中的“支配”,是仅指事实的支配,还是包括事实

支配在内的规范的支配？能否把不作为的行为人对因果流程的支配看成现实的支配？在我国究竟采取何种实质限定的立场来认定作为义务？传统的形式作为义务来源说有没有缺陷？其认可的范围是否有对法益保护不周之嫌？等等。目前我国学界似乎在某种程度上认可了支配理论，但并没有对其合理性价值进行深入的探讨。

在我国目前对不作为犯罪尤其是不纯正不作为犯尚欠系统、体系化研究的情况下，一些基本问题的澄清就显得十分必要。

从司法层面来看，国内有的学者主张以“事实的承担”作为对作为义务进行实质限定的方法，并坚守传统作为义务的四种形式来源。但从实践中发生并已由法院作出有罪判决的一些特殊场合下的见危不救案件来看，应当说这种理论存在着与司法实践严重脱节的现象。究竟是我们的理论学说存在缺陷，还是司法实践出现了问题？日本著名刑法学者大塚仁教授曾说过：“在解决刑法上的问题时，要仔细观察社会的实际，提出符合社会实际的解决办法，也就是说，刑法理论必须是能够给社会带来妥当结果的现实的刑法理论。”^①借鉴或提倡一种理论，尤其是对于迫切需要有相关理论指导的不纯正不作为犯的认定来说，不能罔顾司法现实和社会通念，否则只能被视为理论学者纯粹理念和逻辑推导下空洞的说教与玩物而已，是不能用来有效指导司法操作的。有效的理论只能从纷繁芜杂的社会生活中加以提升，而不是相反，这正是每个刑法学者应有的意识和应尽的职责。那么，究竟采取何种立场能够在不脱离我国犯罪构成理论体系的前提下，尤其是在遵循罪刑

^① 参见[日]大塚仁著：《刑法概说（总论）》，日本有斐阁1992年改订增补版，第3页。